



Roj: **STSJ ICAN 1481/2017 - ECLI: ES:TSJICAN:2017:1481**

Id Cendoj: **38038330022017100040**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **2**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **94/2015**

Nº de Resolución: **41/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS HELMUTH MOYA MEYER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1481/2017,**
ATS 12529/2017,
STS 256/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN SEGUNDA

Plaza San Francisco Nº 15 Santa Cruz de Tenerife Teléfono: 922 47 93 99

Fax.: 922 479 423

Email: s2contadm.tfe@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario Nº Procedimiento: 0000094/2015

NIG: 3803833320150000281

Materia: Otros actos de la Admon Resolución: **Sentencia** 000041/2017

Intervención: Interviniente: *P* rocurador:

Demandante FEDERACION ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE VIVIENDAS DE USO TURISTICO Y APARTAMENTOS TURISTICOS (FEVITUR

Demandante ABOGADO DEL ESTADO

Demandado GOBIERNO DE CANARIAS

Demandado GOBIERNO DE CANARIAS

SENTENCIA

Recurso núm. **94/2015**

PRESIDENTE

Don Pedro Hernández Cordobés

MAGISTRADOS

Don Juan Ignacio Moreno Luque Casariego

Don Jaime Guilarte Martín Calero

Don Helmuth Moya Meyer

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a veintiuno de marzo del dos mil diecisiete.



VISTO, en nombre del Rey por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, el presente recurso interpuesto a nombre del demandante Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, habiéndose personado como parte demandada la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, siendo ponente de esta sentencia don Helmuth Moya Meyer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala el 28 de julio del 2015. Admitido a trámite se reclamó el expediente administrativo.

El recurrente formalizó demanda en la que solicitó se declare la nulidad del artículo 3.1, segundo inciso, cuando se refiere a las viviendas "edificadas de acuerdo a la normativa urbanística y a las determinaciones del planeamiento sobre usos del suelo y la edificación, cuenten con las preceptivas licencias y autorizaciones exigibles", artículo 3.2, artículo 4, segundo inciso, "y el resto de normas sectoriales que les sean de aplicación, especialmente las de seguridad, salubridad, urbanísticas, técnicas, habitabilidad y accesibilidad y, en general, la de actividades clasificadas" y el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2 en cuanto se refiere a la declaración que que la vivienda no se encuentra en los ámbitos aludidos en el artículo 3.2, todos ellos del decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

SEGUNDO.- A los presentes autos se acumularon los autos promovidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- nº 129/2015- en los que se formalizó demanda en la que se pide la nulidad de los artículos 2, 3.2, 6, 7, 9, 10, 12 y 13 del Decreto 113/2015.

TERCERO.- De las demandas se dio traslado a la Administración demandada, que contestó a las mismas oponiéndose a las pretensiones de la partes actoras y pidiendo la desestimación de las demandas.

TERCERO.- Recibido el juicio a prueba se practicó la propuesta y admitida, con el resultado que obra en autos. Las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, y se señaló día para la votación y fallo.

CUARTO.- Se han observado los preceptos legales que regulan la tramitación del proceso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se interpone contra el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

SEGUNDO.- El Decreto 113/2015 regula un nuevo servicio de alojamiento turístico, encuadrado dentro de la modalidad extrahotelera, que se presta dentro de unidades alojativas emplazadas en edificaciones destinadas en su origen a usos residenciales (viviendas). Pero no todo arrendamiento de viviendas vacacionales está comprendido dentro de su ámbito de regulación, sino solo los que sean promocionados en canales de oferta turística, de forma habitual; se trataría de intervenir solo en aquellas ofertas alojativas que utilizan los mismos canales de difusión que los productos turísticos tradicionales. Así es el medio de publicidad utilizado el determinante de la calificación del alojamiento ofertado como turístico, amén de la habitualidad de la oferta.

Las demás ofertas de alojamiento de viviendas vacacionales, al no ser consideradas turísticas, quedan fuera de las potestades de intervención en materia turística y, por tanto, son libres, sometándose como arrendamientos de temporada al artículo 3.2 de la ley 29/1994, de 24 de noviembre.

De aquí que no estén justificados los reproches que se hacen al artículo 2 del decreto, en cuanto a la exigencia de habitualidad, puesto que esto no significa sino que los arrendamientos no habituales no quedan sometidos a intervención y son libres, al no entrar dentro de lo que se considera actividad turística.

TERCERO.- La exclusión que se hace en el apartado segundo del artículo 3 del ámbito del reglamento de "las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias", que en realidad se refiere a los servicios alojativos ofertados en estas edificaciones, merece una lectura distinta, puesto que al entrar estas ofertas dentro del concepto de actividad turística, su exclusión del ámbito de aplicación del reglamento equivale a su prohibición. Esto es, lo que se pretende es que no se ofrezcan servicios alojativos con fines turísticos sobre viviendas que se encuentren en zonas turísticas o suelos de uso mixto.



La administración demandada trata de justificar esta exclusión de distinta manera - según el letrado encargado de formalizar la demanda- apelando a que en suelo turístico no pueden existir viviendas vacacionales, o a que se regulan otras modalidades de alojamiento turístico que se sitúan en ámbitos territoriales concretos.

El primer argumento no es sino una falacia, puesto que las zonas turísticas se establecen sobre territorios en los que previamente pueden haberse implantado usos residenciales. La especialización de usos según zonas que tratan de promover las distintas leyes en materia turística - ley 6/2009, de 6 de mayo, ley 2/2013, de 29 de mayo- no es sino una aspiración, pero dista mucho de ser una realidad.

El segundo argumento no puede ser valorado de mejor manera, puesto que decir que la normativa turística exige que los hoteles de ciudad se sitúen en las ciudades, o que los alojamientos de turismo rural se emplacen en el campo, es un argumento inconsistente. Lo que sucede es que se exigen unos estándares de calidad distintos a los establecimientos alojativos que se encuentren en las ciudades o en el campo. No se establece una limitación al establecimiento de alojamientos turísticos en determinadas zonas.

La Ley de turismo de Canarias no habilita, por tanto, al reglamento a establecer una modalidad de alojamiento turístico que únicamente pueda ser desempeñada fuera de las zonas turísticas. Lo que se contempla es que determinadas ofertas de turismo alojativo sean sometidas a estándares menos exigentes por razón de encontrarse fuera de las zonas turísticas.

Así las cosas, excluir la oferta de viviendas vacacionales de las zonas turísticas o de aquellas de uso mixto, precisamente donde se tratan de localizar predominantemente los usos turísticos, carece de cobertura legal en la Ley de turismo de Canarias.

El reglamento infringe claramente la libertad de empresa (artículo 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre) limitando la oferta turística sin justificación suficiente. No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales se trate de excluir de aquéllos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios.

Por la misma razón debe anularse el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2.

CUARTO.- Las quejas sobre la indeterminación de la legislación sectorial a la que se remite el reglamento en varios de sus preceptos (artículo 3.1 y artículo 4) no son merecedoras de nuestro amparo. Se trata de meras cláusulas de estilo. No es necesario que el reglamento contenga una suerte de dictamen sobre la legislación sectorial aplicable. La redacción puede que sea farragosa en ocasiones, pero no determinante de la nulidad de los preceptos citados.

Igual suerte debe correr la impugnación del artículo 6 (placa-distintivo), que impone una obligación ya prevista en la Ley de Turismo de Canarias ; y artículo 7 (información y publicidad) porque la obligación de poner a disposición del usuario determinada información sobre el régimen jurídico de las viviendas vacacionales no supone una traba al libre ejercicio de la actividad. En el artículo 9 (requisitos funcionales) no se contiene otra cosa sino una remisión al decreto 117/2006, de 1 de agosto , por el que se regulan las condiciones de habitabilidad de las viviendas.

QUINTO.- La impugnación del artículo 10 (equipamiento mínimo) se justifica en que se está restringiendo la libertad del usuario de optar por servicios más básicos que puedan ser ofrecidos a un precio menor. Sin embargo, no puede apreciarse que la exigencia de un estándar mínimo de calidad a un producto que debe ser calificado como turístico coarte la libertad de empresa. Se trata de un equipamiento que habitualmente se encuentra en una vivienda, y que está asociado al producto que se ofrece, sin perjuicio de que pueda pensarse que en algunos aspectos el reglamento ha sido algo puntilloso, pero sin que esto sea una barrera efectiva al libre ejercicio de la actividad.

SEXTO.- En cambio, sí debe prosperar la impugnación del artículo 12.1 (régimen de explotación) por el que se exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no puedan ser arrendadas por habitaciones. Aquí la intervención administrativa en la calidad del producto no está justificada, y se vulnera la libre oferta de servicios. No hay razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, si el propietario desea ofrecerle este servicio. La norma persigue de manera evidente evitar que se ponga en el mercado un producto que por su precio reducido compita con la oferta de alojamiento hotelero, lo cual lesiona la libre competencia.

La exigencia del artículo 12.2 relativa a que la actividad esté permitida en los estatutos de la comunidad de propietarios puede ser considerada redundante, pero no por ello debe ser anulada.



SÉPTIMO.- La impugnación del artículo 13.3 (declaración responsable de inicio de la actividad) debe prosperar por infracción del artículo 71 bis de la Ley 30/1992 , en cuanto que priva a la declaración responsable de la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación.

El precepto dispone que la entrega a la explotadora de la vivienda de hojas de reclamaciones, placa-distintivo y libro de inspección solo se efectuará transcurridos quince días hábiles, plazo dentro del cual el Cabildo Insular debe inscribir "la información sobre la actividad de explotación de la vivienda vacacional en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias". Como el inicio de la actividad sin la referida documentación es motivo de sanción, *de facto* esta regulación está desnaturalizando los efectos de la declaración responsable y sometiendo el inicio de la actividad a un control administrativo previo.

OCTAVO.- Las costas de este proceso se imponen a la demandada, en cuanto las pretensiones de los actores han sido estimadas en lo sustancial (artículo 139.1 LJCA).

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Santa Cruz de Tenerife, ha dictado el siguiente

FALLO

ESTIMAMOS en parte los recursos contencioso-administrativos acumulados en estos autos y **ANULAMOS** los artículos 3.2 , 12.1 y 13.3, en cuanto subordina la entrega de documentación necesaria para el inicio de la actividad a la inscripción en un registro, y subapartado tercero del apartado IV del anexo 2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo , con imposición de las costas a la administración demandada.

A su tiempo devuélvase el expediente administrativo al órgano de procedencia con certificación de esta sentencia de la que se unirá otra a los autos originales.

Una vez firme la sentencia procédase a su publicación en el Boletín Oficial de Canarias. Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.